



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1494 del 2009, proposto da:
ANAAO ASSOMED Associazione Nazionale Aiuti Assistenti Ospedalieri della
Regione Toscana, A.A.R.O.I. Associazione Anestesisti Rianimatori Ospedalieri
Italiani, FESMED Federazione Sindacale Medici Dirigenti, CIMO - A.S.M.D. della
Federazione Regionale Toscana e CISL Medici, in persona dei rispettivi legali
rappresentanti in carica, nonché il dr. -----in proprio, tutti rappresentati e difesi
dall'avv. -----, con domicilio eletto presso lo Studio ----- in Firenze, via dei -----;

contro

la Regione Toscana in persona del Presidente in carica della Giunta, rappresentata
e difesa dall'avv. -----, domiciliata presso l'Avvocatura Regionale in Firenze, piazza
dell'Unità Italiana 1; Azienda USL n. 12 – Viareggio in persona del Direttore
Generale in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati -----, ----- e -----, con
domicilio eletto presso l'avv. ----- in Firenze, via -----; Azienda USL n. 4 - Prato
in persona del Direttore Generale in carica, rappresentata e difesa dall'avv. -----, con
domicilio eletto presso l'avv. ----- in Firenze, via -----;

e con l'intervento di

ad

opponendum:

Aziende USL nn.---- – Massa Carrara e --- – Lucca in persona dei rispettivi Direttori Generali in carica, rappresentate e difese dagli avvocati ----, ---- e ----, con domicilio eletto presso gli avvocati ---- e ---- in Firenze, ----; Azienda ---- - Arezzo in persona del Direttore Generale in carica, rappresentata e difesa dall'avv. ----, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via dell'-----; Azienda USL -- – Pisa in persona del Direttore Generale in carica, rappresentata e difesa dall'Avv. ----, con domicilio eletto presso l'avv. ----- in Firenze, v. -----; l'Azienda Ospedaliera Universitaria Senese in persona del Direttore Generale in carica, rappresentata e difesa dall'avv. -----, con domicilio eletto presso lo Studio Associato -----, via dei ----; Aziende USL nn. --- – Firenze, -- – Empoli e 3 - Pistoia nonché Aziende Ospedaliere Universitarie --- e ---- in persona dei rispettivi Direttori Generali in carica, rappresentate e difese dall'avv. ---, con domicilio eletto il suo studio in Firenze, via -----; l'Azienda Ospedaliero Universitaria Pisana in persona del ----- in carica, rappresentata e difesa dall'avv. ----, con domicilio eletto presso l'avv. -----, via dei della -----;

per l'annullamento

della deliberazione della Giunta Regionale n. 638 del 20 luglio 2009 recante la “direttiva per la gestione unica delle liste degli interventi chirurgici e dei tempi massimi di attesa, in regime istituzionale sia ordinario sia libero professionale. Tutela del diritto di accesso dell'assistito”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Toscana -----;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti di intervento;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 aprile 2013 il dott. Alessandro Cacciari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Regione Toscana, con deliberazione di Giunta 20 luglio 2009, n. 638, ha introdotto nuove disposizioni per regolamentare le modalità di accesso alle liste di attesa per prestazioni chirurgiche. In particolare ha stabilito di integrare le liste di prenotazione dei pazienti in regime istituzionale con le liste di attesa per l'attività chirurgica liberamente scelta dall'assistito, istituendo un unico registro di prenotazione degli interventi chirurgici programmati in regime ospedaliero al fine di garantire un unico tempo di attesa per l'accesso alle prestazioni, indipendentemente dalla modalità istituzionale o liberoprofessionale scelta dall'assistito. Sono stati previsti i seguenti criteri di scorrimento delle liste di attesa: ordine progressivo di inserimento; mancata risposta alla chiamata; indisponibilità del paziente e codice di priorità clinica/sanitaria, con evidenza dei casi in cui lo scorrimento venga effettuato superando l'ordine progressivo e dei motivi che l'hanno determinato. In particolare è stato previsto che il criterio dello scorrimento secondo l'ordine progressivo possa essere derogato, per il trattamento chirurgico in regime liberoprofessionale, a condizione che per gli assistiti iscritti nelle posizioni immediatamente precedenti e successive all'assistito che ha optato per il regime liberoprofessionale sia rispettato il tempo di attesa massimo o programmato secondo la classe di priorità assegnata.

Il provvedimento è stato impugnato dalle associazioni sindacali epigrafate e dal dr. --- in proprio con il presente ricorso, notificato il 6 agosto 2009 e depositato il 4

settembre 2009, lamentando violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili.

Si sono costituite la Regione Toscana e le Aziende Usl di Viareggio e -- di Prato chiedendo l'inammissibilità del ricorso e comunque il suo rigetto nel merito.

Hanno proposto atto di intervento *ad opponendum* le Aziende Usl --- di Massa Carrara, 2 di Lucca, 5 di Pisa, 8 di Arezzo, 10 di Firenze, 11 di Empoli e 3 di Pistoia e le Aziende Ospedaliere universitarie di Careggi, Meyer e Senese.

All'udienza del 10 aprile 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il ricorso epigrafato è impugnata la deliberazione della Giunta Regionale Toscana 20 luglio 2009, n. 638, con la quale sono state introdotte nuove disposizioni per regolamentare le modalità di accesso alle liste di attesa per prestazioni chirurgiche.

1.1 I ricorrenti, con primo motivo, lamentano violazione dell'art. 5, comma 1, del contratto collettivo nazionale di lavoro stipulato il 17 ottobre 2008: la direttiva regionale a loro dire avrebbe dovuto essere preceduta da un confronto con le organizzazioni sindacali entro novanta giorni dalla stipulazione del contratto medesimo, avvenuta il 15 gennaio 2009, per stabilire i criteri generali al fine dell'inserimento, nei regolamenti aziendali sulla libera professione, di norme idonee a garantire che l'esercizio della stessa sia modulato in modo coerente all'andamento delle liste di attesa. Trascorso tale termine il contratto collettivo suddetto prevederebbe l'applicazione della norma contenuta nel proprio art. 4, comma 2, secondo il quale la materia diviene, da quel momento, integralmente soggetta alla contrattazione collettiva integrativa aziendale.

Inoltre la delibera impugnata violerebbe l'art. 15 *quinquies*, comma 3, del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, poiché da un lato stravolgerebbe l'unico criterio individuato dalla legge per definire un equilibrato rapporto tra attività istituzionale e

liberoprofessionale, ovvero il volume di prestazioni individuali effettuabili da ogni dipendente, e dall'altro nuovamente si porrebbe in contrasto con le prerogative della contrattazione collettiva cui la stessa legge demanda il compito di definire detto equilibrio.

La direttiva poi non è stata preceduta dal confronto con le organizzazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo.

Con secondo motivo i ricorrenti deducono che il provvedimento impugnato, istituendo con riferimento alle sole prestazioni chirurgiche un'unica modalità di accesso sia in costanza di ricovero che in regime ambulatoriale, contrasterebbe con il criterio del volume delle prestazioni individuato legislativamente dall'art.15 *quinquies*, comma 3, d.lgs. 502/1992 per garantire un corretto rapporto fra attività istituzionale e attività liberoprofessionale. Sotto tale profilo la direttiva impugnata contrasterebbe con disciplina legislativa della libera professione intramuraria.

Quest'ultima del resto sarebbe del tutto autonoma e distinta da quella istituzionale prestata dal medico, poiché viene esercitata fuori dall'orario di lavoro e dalle attività previste per l'impegno di servizio. La riconduzione ad un'unica e indifferenziata lista di attesa condurrebbe, secondo i ricorrenti, allo stravolgimento dell'istituto che diverrebbe una delle forme ordinarie dell'attività lavorativa esigibile dei dirigenti medici del servizio sanitario nazionale, pur dovendo svolgersi fuori dall'orario di lavoro.

1.2 La Regione Toscana eccepisce difetto di giurisdizione poiché i ricorrenti lamenterebbero un comportamento antisindacale, consistente in molteplici asserite violazioni delle prerogative concernenti la contrattazione collettiva; eccepisce, altresì, carenza di legittimazione delle organizzazioni sindacali atteso che l'interesse azionato non riguarderebbe l'intera categoria, ma solo alcuni dei suoi soggetti, ovvero quelli che espletano attività libero professionale *intramoenia*; nonché carenza di interesse poiché il danno lamentato sarebbe meramente potenziale mentre non

esiste nell'ordinamento alcuna norma che garantisca ai medici che svolgono la libera professione intramuraria un minimo di ore per la stessa e tale interesse quindi, ammesso che venga lesa con il provvedimento gravato, apparterebbe all'area del mero fatto; improcedibilità per non avere impugnato gli atti applicativi della delibera né la successiva delibera regionale n. 438/2011.

Nel merito, replica puntualmente alle deduzioni dei ricorrenti.

1.3 L'Azienda USL 4 Prato eccepisce difetto di giurisdizione e difetto di legittimazione dei ricorrenti.

Le Aziende USL 10 Firenze, 3 Pistoia e 11 Empoli eccepiscono difetto di lesività immediata del provvedimento impugnato; difetto di legittimazione dei ricorrenti; inammissibilità del ricorso proposto dal dr. ---- in proprio poiché avrebbe interesse a gravare la deliberazione quale atto presupposto degli atti applicativi emanati dall'ASL pratese da cui dipende, ma non un interesse, *uti singulus*, a gravare gli atti adottati da altre aziende sanitarie.

2. In via preliminare deve essere accolta, limitatamente al motivo primo di ricorso, l'eccezione di difetto di giurisdizione formulata dalle Amministrazioni resistenti.

Con tale mezzo i ricorrenti contestano alla Regione, in qualità di datore di lavoro, di essere intervenuta a regolamentare una materia riservata alla contrattazione collettiva, per di più senza effettuare alcun confronto con le organizzazioni sindacali del personale medico. La censura riguarda quindi un presunto straripamento di potere della Regione intimata in materie oggetto di trattativa, o comunque di concertazione, sindacale. Ma con essa viene contestato alla Regione di avere assunto un comportamento antisindacale la cui cognizione, ai sensi dell'art. 63, comma 3, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, è riservata al Giudice Ordinario, come correttamente eccepito dalle difese delle resistenti.

La condotta antisindacale consiste in quei comportamenti posti in essere dal datore di lavoro che sono volti ad impedire o a limitare l'esercizio della libertà sindacale,

dell'attività sindacale od anche del diritto di sciopero (fattispecie, quest'ultima, che non rileva nel caso in esame) e può realizzarsi con molteplici mezzi, non predefiniti dalla legge, i quali possono essere attuati dal datore di lavoro nei confronti o del singolo lavoratore, o di gruppi di lavoratori, o delle associazioni sindacali (Cass. sez. lav., 18 aprile 2007, n. 9250). In tale categoria rientra il comportamento del datore di lavoro il quale disciplini unilateralmente una materia che la contrattazione collettiva riserva al confronto con le associazioni sindacali.

E' appena il caso di aggiungere che il comportamento antisindacale è materia attribuita alla cognizione incondizionata del giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, senza che sia di ostacolo la circostanza che il comportamento addebitato all'ente pubblico si sostanzia in un formale provvedimento amministrativo del quale, insieme ai suoi effetti, sia richiesta l'eliminazione (Cassazione civ. SS.UU. 24 gennaio 2003, n. 1127).

Per questa parte il ricorso deve essere dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione e le parti sono rimesse al Giudice Ordinario in funzione di giudice del lavoro, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 11 c.p.a.

3. L'ulteriore motivo di gravame deve essere respinto perché infondato, a prescindere dalle ulteriori eccezioni formulate dalle Amministrazioni resistenti.

Dall'esame del provvedimento impugnato risulta che non viene affatto impedito l'esercizio della libera professione al medico dipendente del servizio sanitario pubblico.

La deliberazione impugnata ha riorganizzato il sistema delle liste di attesa unificando, limitatamente agli interventi chirurgici, quelle relative agli interventi in regime istituzionale con quelle relative agli interventi in regime liberoprofessionale. In tal modo non viene posta alcuna limitazione all'esercizio dell'attività liberoprofessionale da parte dei medici dipendenti del servizio sanitario, garantita dall'art. 15 *quinquies* del d.lgs. 502/1992 di cui erroneamente si assume la

violazione. Non si vede poi come la deliberazione impugnata possa incidere sul volume delle prestazioni indicato dalla legge medesima per garantire il corretto rapporto tra attività istituzionale e liberoprofessionale.

Se poi attraverso la censura in esame si intende tutelare la persistenza di un certo volume dell'attività libero professionale, la quale potrebbe diminuire in conseguenza del provvedimento gravato, ebbene tale interesse non può ricevere alcuna protezione giuridica poiché appartiene all'area del mero fatto. La normativa invocata dai ricorrenti tutela infatti in via prioritaria il corretto ed efficiente funzionamento del servizio sanitario pubblico, riconoscendo ai dirigenti medici la possibilità di esercitare attività in regime di libera professione a condizione, però, che i volumi previsti di prestazioni in regime istituzionale vengano comunque assicurati. In altri termini, l'oggetto di protezione primaria della norma legislativa è il funzionamento efficiente del servizio sanitario in regime istituzionale, mentre l'interesse dei dirigenti medici ad esercitare un certo volume di attività in regime di libera professione è riconosciuto in via secondaria e subordinatamente all'espletamento delle funzioni istituzionali ed al mantenimento di un certo volume di prestazioni rese in tale regime. Il loro interesse pertanto a che gli interventi in regime di libera professione non diminuiscano oltre una certa soglia non è tutelato dalla legislazione e appartiene all'area del mero fatto, ed è perciò insuscettibile di ricevere protezione giuridica.

E' infine priva di pregio l'asserzione secondo la quale la creazione di un'unica lista di attesa trasformerebbe l'attività liberoprofessionale in una delle forme ordinarie lavorative esigibili dai dirigenti medici, poiché essi non sono in alcun modo obbligati ad effettuarla.

4. In conclusione, il ricorso deve essere in parte dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione e in parte respinto.

Le spese seguono la soccombenza e i ricorrenti sono quindi condannati, in solido tra loro, al pagamento delle spese processuali nella misura di € 1.000,00 (mille/00), oltre accessori di legge, per ciascuna parte resistente costituita e per ciascun interveniente.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo dichiara in parte inammissibile per difetto di giurisdizione rimettendo le parti al Giudice Ordinario in funzione di giudice del lavoro, e per il resto lo respinge.

Condanna i ricorrenti, in solido tra loro, al pagamento delle spese processuali nella misura di € 1.000,00 (mille/00), oltre accessori di legge, per ciascuna parte resistente costituita e per ciascun interveniente.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 10 aprile 2013 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Alessandro Cacciari, Consigliere, Estensore

Pierpaolo Grauso, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/05/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)